menendez 2:Layout 1 3-05-2012 9:27 Pagina 1

Agustín José Menéndez ha studiato all'Università di Oviedo, all'Università di Oxford ed è Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze. Insegna oggi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di León ed è ricercatore visitante di ARENA, prestigioso centro di ricerca dell'Università di Oslo. Ha pubblicato, tra l'altro, *Justifying Taxes* (Kluwer, 2000), *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea* (Eolas, 2012) e, insieme a John E. Fossum, *The Constitution's Gift* (Rowman & Littlefield, 2011)

In copertina:
Samperi, *Marina in tempesta*

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ
Una difesa (moderata)
della sentenza Lisbona
....
ESI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI «MAGNA GRAECIA»
DI CATANZARO

Dipartimento di Studi Giuridici, Storici, Economici e Sociali

Collana dei Seminari del Dottorato di ricerca in Teoria del diritto e ordine giuridico europeo

781204712

Questo volume, sprovvisto del talloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 00,00

ISBN 978-88-495-2355-3

«L'Europa del diritto»

1

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

Una difesa (moderata) della sentenza Lisbona della Corte costituzionale tedesca

Edizioni Scientifiche Italiane

Le istituzioni dell'Unione Europea si sono vieppiù arrogate poteri e competenze che sembravano un tempo appannaggio esclusivo della sovranità statale. Ciò è stato innanzitutto il risultato di una serie costante (e crescente in intensità e pretese) di decisioni giudiziali della Corte Europea con sede in Lussemburgo. A partire dalla dottrina dell'effetto diretto e della supremazia del diritto comunitario primario (in origine il Trattato di Roma) il tribunale del Lussemburgo si è pensato ed ha agito come una sorta di corte costituzionale capace di valutare la legislazione ordinaria nella sua conformità alle norme comunitarie. Ciò ovviamente non poteva non avere un impatto profondo e vasto sulla dinamica e la cultura costituzionale degli Stati membri. La dottrina del Tribunale è stata poi in buona sostanza assorbita dai successivi Trattati (da quello di Maastricht passando per quello Amsterdam fino a quello più recente di Lisbona), riproponendo la questione dei vincoli e dei limiti tra la sovranità nazionale e la sua costituzione e la nuova (a volta persino aggressiva) sovranità sovranazionale. Lo studio di Menéndez affronta tale questione con riguardo alla sentenza della Corte costituzionale federale tedesca concernente la costituzionalità dell'adesione della Germania federale al Trattato di Lisbona (che intende rimediare al fallimento della «Costituzione europea» di Giscard d'Estaing). La sentenza tedesca è cauta ed intelligente, e ripropone dei «paletti» alla pervasività del diritto comunitario, in ciò aiutandoci, sostiene Menéndez, a concepire ed articolare un ordine giuridico europeo ancora rispettoso del forte ancoraggio costituzionale degli Stati membri.

Agustín José Menéndez

Una difesa (moderata) della sentenza Lisbona della Corte costituzionale tedesca

Edizioni Scientifiche Italiane

Traduzione dal castigliano di Rosaria Mastroianni Ianni

Menéndez, Agustín José
Una difesa (moderata) della sentenza Lisbona
della Corte costituzionale tedesca
«L'Europa e il diritto», 1
Collana dei Seminari del Dottorato di ricerca in Teoria
del diritto e ordine giuridico europeo
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012
pp. 000; 21 cm
ISBN 978-88-495-2555-3

80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

Introduzione

La (sana) rivalità tra la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e le corti costituzionali nazionali per conquistare il ruolo di primadonna è senza dubbio espressione della peculiare e complessa struttura costituzionale del diritto comunitario europeo. In questa competizione alcuni magistrati sono, di fatto, più influenti di altri: la Corte Costituzionale tedesca, in particolare, può vantare un grado di auctoritas estremamente elevato, nettamente superiore a quello delle decisioni italiane, francesi, spagnole e polacche. Le aspettative ed il dibattito autenticamente europeo (e non semplicemente tedesco), che precedettero e seguirono la Sentenza Lisbona del 30 giugno del 2009, ne sono la migliore dimostrazione.

Una parte consistente della dottrina comunitaria (per tutti, vedi Mario P. Chiti) ne ha fatto oggetto di critiche diffuse, incentrate, in special modo, su tre aspetti cruciali della sentenza. È stato, infatti, contestato ai giudici di Karlsruhe: (1) che la loro decisione stabilisca, con una certa arbitrarietà (ed, in ogni caso, con arroganza), limiti invalicabili ad un processo, come quello dell'integrazione europea, di cui si afferma il carattere necessariamente dinamico; (2) che, in essa, trovi applicazione una teoria costituzionale dell'Unione Europea lontana dalla sua realtà giuridica e, dal punto di vista teorico-politico, alquanto anacronistica; ed, infine, (3) che essi si siano arrogati poteri che non sono propri di un organo giurisdizionale.

Tali censure non sono del tutto carenti di fondamento e, tuttavia, a mio avviso, esse sono fin troppo dure, poiché commettono il peccato (niente affatto veniale) di ignorare il contesto costituzionale in cui è stata resa la decisione. La sentenza Lisbona, come qualsiasi altra pronuncia di una Corte Costituzionale che verta su una questione di sia pur minima importanza, risponde a problemi giuridici e politici che devono essere tenuti in considerazione, esplicitamente o implicitamente, non solo al momento di comprendere la decisione ma anche allorquando si tratti di ricostruirla sistematicamente e di sottoporla a scrutinio critico.

Soprattutto, è impossibile offrire un'interpretazione o formulare un giudizio esatto sulla sentenza, senza ponderare il preciso momento della storia costituzionale dell'Unione Europea nella quale la causa viene decisa nonché la difficile posizione istituzionale assegnata alle corti costituzionali nazionali nel processo di integrazione europea. Analogamente, l'affermazione secondo la quale la teoria costituzionale soggiacente alla sentenza è inadeguata ed anacronistica non tiene sufficientemente conto dei materiali forniti dalla decisione per la ricostruzione di una teoria costituzionale europea coerente e completa. Su questa base, concluderò che la sentenza è suscettibile di una interpretazione alternativa, sostanzialmente europeista – da non confondersi con una difesa strenua e puramente ideologica dell'integrazione europea.

I. *Limiti ed ostacoli all'integrazione contro difesa del diritto costituzionale come mezzo di integrazione sociale*

Nell'ambito del primo gruppo di critiche, la sentenza Lisbona viene tratteggiata come un freno nazionalistico al processo di integrazione europeo. I giudici di Karl-

sruhe avrebbero pronunciato una decisione che non solo identifica il Trattato di Lisbona come il non plus ultra del processo di integrazione[1] ma rende, inoltre, inattuabile la trasformazione in senso federale dell'Unione[2]. Nel farlo avrebbero reso inservibili i principali meccanismi dinamizzatori del processo di integrazione, con gravi conseguenze politiche e giuridiche[3], e non si sarebbero curati delle implicazioni della loro decisione a livello sistematico, derivanti da una sua eventuale estensione generalizzata all'insieme dei paesi dell'Unione Europea (donde l'accusa di aver peccato di hybris, se mi si permette l'ellenismo)[4]. Questa interpretazione inquadra la sentenza nel contesto culturale dell'ascesa di concezioni politiche nazionalistiche in Germania, che potrebbero risultare particolarmente pericolose nel caso in cui spingessero il principale motore politico ed economico dell'Unione a concepirsi come una "grande" Sviz-

[1] Dimitrios Doukas, *The verdict of the German Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not guilty, but don't do it again!*, «European Law Review», n. 34, 2009, pp. 866-888; Cristoph Schonberger, *Lisbon in Karlsrhue: Maastricht Epigones at Sea*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1201-1218, in particolare p. 1207; Philipp Kiiver, *German Participation in EU Decision Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1287-96.

[2] Daniel Halberstam e Christoph Möllers, *The German Constitutional Court says 'Ja zu Deutschland!'*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1241-1257, p. 1256, concludono che l'interpretazione della garanzia di perpetuità impedisce la trasformazione in senso federale dell'Unione Europea.

[3] Mario P. Chiti, *Am Deutschen Volke*, «El Cronista del Estado Social y Democratico de Derecho», n. 7, 2009, pp. 4-9. Schonberger, *Op. cit.*, p. 1216, afferma che la Corte abdica al suo obbligo di contribuire positivamente al processo di integrazione europea e si limita a porvi un freno e ad ostacolarlo.

[4] Alfred Grosser, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's 'Sonderweg'. An Outsider's Perspective*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1263-66.

zera, così abdicando alle proprie responsabilità di fronte al resto del continente.

Pur non negando che questo orientamento critico possieda dei meriti, bisogna nondimeno replicare come esso esemplifichi, in modo evidente, l'inadeguata valutazione del contesto costituzionale all'interno del quale viene pronunciata la sentenza. È per questa ragione che propongo al lettore di procedere alla sua rilettura, assumendo due premesse che non fanno parte della ratio decidendi formale della Corte e che, tuttavia, riflettono aspetti problematici dell'evoluzione del processo di integrazione negli ultimi due decenni (e che è difficile immaginare non abbiano avuto alcun peso nella decisione). Così facendo, in luogo di un freno all'integrazione, inclineremo a scorgere, sullo sfondo della decisione, un giudizio politico (giusto o sbagliato che sia) riguardo ai due rischi costituzionali impliciti nello sviluppo dell'Unione "pre" e "post" Lisbona: (1) la deriva governativa, ossia l'appropriazione del potere costituente e politico da parte della classe di governo europea, un fenomeno che trova conferma nel processo di elaborazione del Trattato di Lisbona; e (2) la deriva post-costituzionale, ovvero il travalicamento dei limiti concernenti le competenze e dei limiti sostanziali fissati dalla costituzione in materia di libertà economiche, da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia. In altri termini: pur se la Corte Costituzionale mette i bastoni tra le ruote al processo di integrazione, essa lo fa, nondimeno, difendendo l'idea stessa di integrazione da realizzarsi attraverso il diritto costituzionale democratico, contro le tentazioni autoritarie, tecnocratiche ed economicistiche, che ci portano a mettere da canto la democrazia, a favore di questa entità amorfa che chiamiamo governance[5].

[5] Una definizione parzialmente stipulativa del concetto di governance si trova nel mio *Governance and Constitutionalism in the European Order*, in Patrick Birkinshaw e Mike Varney (a cura

a) La deriva governativa

La prima premessa implicita della sentenza Lisbona è costituita dall'esistenza di un grave rischio di appropriazione del potere da parte della classe di governo europea, un pericolo forse inerente al percorso costituzionale attraverso il quale è progredita l'integrazione europea, che si sarebbe, però, manifestato, in tutta la sua virulenza, all'interno del complesso processo di riforma del diritto primario iniziato con la Dichiarazione di Laeken del 2001 e conclusosi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009.

Le critiche dirette ai giudici costituzionali tedeschi non tengono conto della misura in cui la sentenza non è null'altro che un mero specchio, nel quale si riflette la realtà costituzionale del processo di Lisbona, che non solo interruppe la dinamica "costituzionalizzatrice" riscontrabile a partire dagli anni settanta, bensì condusse ad una "gaia" riappropriazione del potere costituente da parte dei governi nazionali. In questo senso, il collettivo di governo europeo commise almeno cinque peccati costituzionali gravi: (1) durante il processo di Laeken, incorse in una grave incoerenza, ossia quella tra, da una parte, la retorica costituzionale impiegata nei dibattiti di ratificazione e, dall'altra, la pratica di "intergovernamentalizzazione" della Convenzione e di notevole modificazione del testo dalla stessa proposto; (2) dopo il voto negativo di Francia ed Olanda, fece poca mostra di prendere sul serio il senso del voto, mentre procedette, in effetti, a sovvertire il processo di appropriazione del potere costituente da parte dei cittadini, derivante dal fallimento di Laeken; (3) rimodellò il processo di negoziazione della riforma del diritto primario in maniera tale che non solo si fece a meno della Conven-

di), *The European Union Legal Order after Lisbona*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2010, pp. 65-90.

zione nello stile di Laeken, bensì della stessa Conferenza Intergovernativa; (4) come conseguenza di (3), scrisse un Trattato di riforma costellato di accordi e decisioni idiosincratiche, tali da compromettere sia il suo status costituzionale in senso materiale che, altresì, l'integrità delle stesse – il che risulta in special modo vero per quanto riguarda il Protocollo "opt-out" della Carta, con particolare riferimento alla dichiarazione – pagherò della Repubblica Ceca; (5) contribuì a ridurre la profondità e la serietà dei dibattiti di ratificazione, agendo sulla base di un patto, quantomeno tacito, volto ad eludere tanto i referendum quanto i dibattiti parlamentari altamente politicizzati.

La peculiare natura della sequenza Laeken-Lisbona e del contenuto materiale del Trattato di Lisbona garantisce un fondamento alla prima premessa implicita che il lettore dovrebbe necessariamente assumere per procedere alla ricostruzione della sentenza in esame. Inoltre, essa giustifica, in buona misura, la meticolosa protezione delle prerogative parlamentari e, soprattutto, della posizione istituzionale del legislativo, orgogliosamente rivendicata dalla sentenza Lisbona, per quanto riguarda, in ispecie, le passerelle e la clausola di estensione delle competenze dell'Unione, ma anche la dettagliata demarcazione dei limiti processuali e sostanziali all'integrazione europea ed al diritto comunitario, riferibili alla protezione dell'identità costituzionale nazionale. Coll'insistere sulla necessità di un atto costituente per ampliare il procedimento comunitario dell'integrazione europea (che nella prossima sezione proporrò in maniera sintetica), la Corte Costituzionale sta chiudendo le porte a qualsivoglia velleità di un Lisbona bis. Riformulando la sua teoria dei limiti materiali basandosi sull'identità costituzionale nazionale, intesa come grammatica del Sozialer Rechtsstaat, la Corte sta contribuendo a rinnovare la continuità tra il diritto costituzionale comunitario ed il diritto costituzionale nazionale, fissando

in questo modo quelle che, in gergo diplomatico, si denominano "linee rosse", con la differenza che queste non derivano da un calcolo diplomatico, bensì dal concetto stesso di diritto costituzionale democratico.

b) Le über-libertà economiche

La seconda premessa implicita della sentenza Lisbona è costituita dalla difesa dei confini dei poteri statali a fronte del rischio di una estensione ipertrofica delle competenze dell'Unione Europea, a causa non solo (né fondamentalmente) dell'attività legislativa nei processi decisionali comunitari, ma, soprattutto, dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Più timidamente nei primi anni ottanta ed in maniera chiara e netta dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico, la Corte di Giustizia ha operato un cambio sostanziale nella sua giurisprudenza in tema di libertà economiche. In concreto, i magistrati europei hanno trasformato, nella sostanza e nella struttura, il modo di concepire la libera circolazione di merci, persone e capitali, così come la libertà di stabilimento e prestazione di servizi. Si è passati dal caratterizzarle nei termini dell'operazionalizzazione del principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità[6], a definirle quali componenti fondamentali di una cittadinanza sovranazionale, identificata, al fondo, con un concetto radicalmente individualistico di libertà (sebbene, a partire da Martìnez Sala e Baumbast, la Corte abbia rivestito questa rivoluzione dei panni della cittadinanza europea istituita

[6] Sulla "vecchia" concezione delle libertà economiche, si veda per esempio Kurt Lipstein, *The Law of the European Economic Community*, Butterworths, London, 1974. La soggiacente teoria politica si trova forse espressa in maniera canonica in J.H.H. Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in Kalypso Nikolaødis e Robert Howse, *The Federal Vision*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 54-71.

dal Trattato di Maastricht[7]). Sotto il profilo giuridico-dogmatico, questo mutamento si concretizza nella sussunzione di qualunque ostacolo all'esercizio di una libertà economica nella categoria della violazione a priori della stessa, e, pertanto, nella sua configurazione come causa di incostituzionalità europea prima facie della norma nazionale.

Cassis de Dijon ed, in una certa misura, la precedente pronuncia Dassonville[8], sono i leading cases di questo filone giurisprudenziale, unitamente ai loro "analoghi" per ciascuna delle libertà economiche[9]. Al rafforzamento di questa nuova caratterizzazione del diritto co-

[7] Alexander Somek, *Individualism*, Oxford University Press, Oxford, 2008; *The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement*, «European Law Journal», n. 16, 2010, pp. 315-44. Si noti che non sto affermando che questo fosse il fine della cittadinanza europea, né che la stessa sia servita per celare le conseguenze della giurisprudenza della Corte. Una trattazione dettagliata dell'argomento si può trovare in *More human, less social: The jurisprudence of the ECJ on citizenship*, in Loic Azoulai e Miguel Poiares Maduro (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishers, Oxford, 2010, pp. 363-93.

[8] Sentenza del 11 luglio 1974, C-8/74, Dassonville v Procurer du Roi, Racc. 1974, 837; Sentenza del 20 febbraio 1979, C-120/78, Rewe Zentral (Cassis de Dijon), Racc. 1979, 649. Si veda anche la Dichiarazione della Commissione successiva alla sentenza, tracciata dal commissario Davignon e dal suo consigliere Mattera, "Declaration of the Commission concerning the consequences of the judgment given by the European Court of Justice on 20 February 1979 ('Cassis de Dijon'), OJ C 256, del 30 ottobre del 1980 pp. 2 e 3, nella misura in cui articola il principio di mutuo riconoscimento.

[9] CGCE sentenza del 25 luglio 1991, C-76/90, Säger, Racc. 1991, I-4221; CGCE sentenza del 30 novembre 1995, C-55/94, Gedhard, Racc. 1995, I.4165; CGCE sentenza del 15 dicembre 1995, C-415/93, Bosman, Racc. 1993, I-4921; e dopo l'entrata in vigore della Direttiva 88/361, CGCE sentenza del 14 dicembre del 1995, C-163/94, Sanz de Lera, Racc. I-4821.

munitario contribuiscono significativamente i cambiamenti introdotti nel diritto primario dell'Unione tramite l'Atto Unico Europeo (su tutti, quelli associati alla riconcettualizzazione del mercato interno, che da mercato comune si avvia a diventare mercato unico)[10] ed, inoltre, la rivoluzione copernicana in materia di libera circolazione di capitali scaturita dalla Direttiva 88/361, ulteriormente corretta ed ampliata mediante l'estensione della libera circolazione di capitali a paesi terzi, ad opera del Trattato di Maastricht[11].

Le conseguenze e le implicazioni di questo cambiamento non furono prese in considerazione, se non in modo superficiale, né nei dibattiti politici né in quelli accademici[12]. Solo quando le libertà economiche, nella loro nuova fisionomia, sono entrate in conflitto con i diritti collettivi dei lavoratori e, specialmente, con il diritto di sciopero, si è prodotto un backlash su scala continentale[13].

In particolare, sono state le tre decisioni Viking/Laval/Rüffert a colpire l'opinione pubblica. In ognuna di queste, la Corte ha fatto prevalere la libertà di stabilimento (Viking) e di prestazione di servizi (Laval e Ruffert) sull'esercizio dei diritti di azione collettiva (in Viking e Laval) o sull'esercizio del potere legislativo regionale

[10] Rimando al mio *When the Market is Political*, in Raúl Letelier e Agustín José Menéndez (a cura di), *The Sinews of Peace*, University of Oslo, Oslo, 2009, pp. 39-61.

[11] Rawi Abdelal, *Capital Rules*, Harvard University Press, Harvard, 2008.

[12] Tuttavia nell'ambito accademico si veda Fritz Scharpf, *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1999. Una voce critica interna alla Corte di Giustizia fu quella dell'Avvocato Generale Geelhoed. Si veda J. Bellingwout Amurta, *A tribute to (the late) Advocate General Geelhoed*, «European Taxation», 2008, pp. 124-132.

[13] Neil Fligstein, *Euroclash: the EU, European Identity and the Future of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

(Ruffert) a tutela dei diritti sociali ed economici. In Viking un boicottaggio transnazionale volto ad evitare la "delocalizzazione" in Estonia di un'impresa finlandese di trasporto marittimo, con l'obiettivo di fruire di trattamenti salariali più bassi e di un livello inferiore di protezione dei lavoratori. In Laval, la decisione sindacale di sospendere ogni attività lavorativa in un centro di lavoro, nel quale si pretendeva di pagare salari più bassi rispetto a quanto pattuito convenzionalmente, mediante il ricorso a lavoratori lituani immigrati. In Ruffert, la decisione legislativa di un land tedesco di obbligare gli appaltatori (ed, indirettamente, i subappaltatori) a pagare il salario minimo applicabile secondo il contratto collettivo di lavoro.

In ambito accademico, queste tre sentenze hanno generato una pletora di commenti ma, sopra ogni cosa, hanno alimentato il dibattito politico concernente l'identità socio-economica dell'Unione Europea. Coloro che mantengono una posizione di netto rifiuto nei confronti del Trattato Costituzionale le hanno addotte come prova che le loro preoccupazioni e le loro critiche erano fondate e lungimiranti, mentre per la prima volta dagli anni settanta, l'appello a non rispettare le sentenze della Corte è divenuto moneta corrente nel dibattito europeo[14].

La riconcettualizzazione delle libertà economiche, implicita nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea, ha notevoli conseguenze: (1) a livello strutturale (nello sfociare in un parziale sganciamento del diritto costituzionale europeo dalle tradizioni costi-

[14] Fritz Scharpf, *The only solution is to refuse to comply with ECJ rulings*, «Social Europe», n. 4, 2009, pp. 16-21; si vedano anche gli interventi di Damian Chalmers, tra gli altri, *Here are the rules for disobeying Bruxelles*, «The times», 5 giugno del 2009, disponibile all'indirizzo *http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest_contributors/article6434022.ece*

tuzionali comuni); (2) sul piano delle competenze (giacché comporta l'assoggettamento di tutte le norme nazionali al controllo europeo di costituzionalità); e (3) istituzionali (visto che l'estensione aggressiva dell'effetto costituzionale orizzontale delle libertà economiche si affianca alle difficoltà che si hanno, nei processi politici sopranazionali e nazionali, quando si tratta di prendere decisioni che rettifichino quelle adottate dai giudici; questo favorisce, altresì, la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli di governo e tra i procedimenti legislativi nell'Unione Europea).

In termini strutturali, la ridefinizione delle libertà economiche come operazionalizzazioni di un'idea di cittadinanza che trascende quella istituita dagli ordinamenti costituzionali nazionali, presuppone l'"emancipazione" del diritto costituzionale europeo dal diritto costituzionale comune e dalle tradizioni costituzionali nazionali. Mentre le libertà economiche sono state definite come espressione del diritto alla non discriminazione per ragioni di nazionalità, la protezione delle stesse si definiva sostanzialmente mediante standard di riferimento nazionali; quanto il diritto comunitario esigeva era "semplicemente" (pur non essendo poco) l'ampliamento dell'ambito personale dei diritti, che dovevano essere riconosciuti non più solo ai cittadini dello stato, ma a tutti i cittadini comunitari (o a tutte le imprese o a tutti gli agenti economici comunitari). Donde la creazione di un mercato comune che consistesse fondamentalmente nella apertura di ognuno dei mercati nazionali agli operatori commerciali degli altri stati membri. Per contro, una volta che si affermi che la violazione di una libertà economica si produce allorquando si interponga un qualsivoglia ostacolo al suo esercizio, si stanno trascendendo gli standards costituzionali nazionali e si sta asserendo l'esistenza di un canone di costituzionalità europeo autonomo rispetto a quello nazionale. E questo perché, nel momento in cui si dice che una libertà economica

può essere violata da una norma nazionale, anche nel caso in cui questa norma dispensi un trattamento squisitamente paritario ai cittadini nazionali e comunitari, si sta sostenendo che le libertà economiche hanno un contenuto sostanziale che va oltre il contenuto delle norme costituzionali nazionali.

Sul piano delle competenze, la nuova caratterizzazione delle libertà economiche mette alla berlina tanto la distinzione tra situazioni interne ed esterne, quanto il concetto di discriminazione inversa, che tradizionalmente segnavano i limiti materiali del diritto comunitario. Se le libertà economiche vengono intese come espressione di una cittadinanza individualistica, tutte le norme nazionali, e non solo quelle fondamentali o essenzialmente attinenti alle attività commerciali od economiche, sono suscettibili di costituire ostacoli alla implementazione delle libertà economiche. Pertanto, la loro validità può essere messa in discussione in quanto violino i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario.

Ciò non può che comportare l'assorbimento, all'interno del perimetro di applicazione dei principi del diritto comunitario (e, dunque, del controllo di costituzionalità europea con riferimento alle libertà), di ambiti di competenza nazionali strutturalmente estranei, se non addirittura antitetici alla logica del mercato, incluse le pensioni non contributive e le norme che rendono possibile, a livello strutturale, politiche redistributive (su tutte: l'imposizione fiscale diretta o personale).

La ricalibratura delle libertà economiche e l'espansione della loro efficacia a livello orizzontale implicano la conversione definitiva della questione pregiudiziale in un percorso procedurale per la verifica della costituzionalità europea delle norme nazionali. La forma e la struttura del controllo di costituzionalità europea sono essenzialmente quelle proprie del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, posto in essere dalle corti costituzionali (ovviamente in quegli stati membri nei

quali esiste una corte di garanzia costituzionale). In particolare, sia le corti costituzionali nazionali che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si avvalgono del principio di proporzionalità come cornice strutturale delle loro decisioni, in termini assai prossimi a quelli descritti dalla migliore dottrina europea. I giudici di Lussemburgo procedono sempre a determinare, in primo luogo, se la norma nazionale rispetta a priori le libertà economiche; qualsiasi altro principio costituzionale, che la norma, prima facie in contrasto col diritto comunitario, andrebbe a realizzare, diviene rilevante solo in una fase successiva, nel corso della quale gli stati membri devono dimostrare la costituzionalità della norma nel suo complesso, evidenziando che la violazione della libertà economica è adeguata, necessaria e proporzionata.

Ciò ha come conseguenza l'appropriazione di un più alto grado di potere da parte della Corte di Giustizia (ed, indirettamente, dei tribunali nazionali ordinari) o, il che è lo stesso, la giudizializzazione di vaste aree della decisione pubblica. Il controllo di costituzionalità europea delle norme nazionali riduce inevitabilmente l'ambito di discrezionalità dei legislatori nazionali singolarmente considerati, dato che essi non possono scavalcare la Corte di Giustizia senza metterne così in discussione l'autorità (e con questo porre in pericolo il processo di integrazione europea mediante il diritto costituzionale). La crescente densità della giurisprudenza della Corte riduce al minimo il grado in cui i legislatori nazionali, agendo individualmente, possono cercare mezzi istituzionali alternativi per assicurare gli stessi obiettivi di regolamentazione. La flessibilità ed elasticità della risposta nazionale si riduce in proporzione all'espandersi dello spazio normativo occupato dal diritto comunitario.

A quanto detto si aggiunga che una risposta politica al livello sovranazionale è inverosimile. È appena probabile che l'estensione aggressiva dell'efficacia orizzontale delle libertà economiche, da parte della Corte di

Giustizia, abbia come suo correlato – in quegli ambiti in cui la combinazione del riparto di competenze e dell'architettura del processo decisionale non impedisce l'azione politica – l'esercizio di competenze legislative da parte dell'Unione Europea. Questo, però, non è affatto ovvio. Le competenze sostanziali dell'Unione non giungono fin dove si spinge l'effetto orizzontale delle libertà economiche ed anche lì dove arrivano, le decisioni di carattere redistributivo, di rettificazione dei risultati distributivi del mercato, continuano ad essere assoggettate ad una decisione unanime del Consiglio. Considerato che l'Unione ha ampliato il numero dei suoi stati membri, la probabilità di raggiungere un accordo pienamente consensuale appare minore laddove si tratti di ripartire costi e benefici rispetto ai quali gli interessi si rapportino fra loro all'interno di un gioco a "somma zero". La divisione del lavoro tra i procedimenti legislativi comunitari – essenzialmente tra (a) quelli nei quali la approvazione di una norma esige la composizione unanime delle volontà degli stati membri, riuniti nel Consiglio dei Ministri, e (b) quelli nei quali la volontà generale europea si definisce mediante riferimento ad una maggioranza qualificata mista, ovvero maggioranza dei membri del Parlamento e maggioranza qualificata del Consiglio – tende ad enfatizzare gli effetti strutturali della giurisprudenza della Corte, sul piano delle competenze e su quello istituzionale. Questo si verifica in quanto, a dispetto delle reiterate affermazioni circa il fatto che la codecisione è il procedimento legislativo standard dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in realtà il nocciolo duro delle norme con effetti redistributivi, adottabili a livello sovranazionale, rimane assoggettato al procedimento comunitario classico, nel quale si richiede il voto all'unanimità del Consiglio dei Ministri. Sono soltanto le norme "creatrici del mercato", che estendono il contenuto delle libertà economiche, a poter essere adottate con la procedura più leggera di co-

decisione (ipotesi nella quale l'approvazione delle norme appare più probabile). Una tale divisione, pur essendo artificiale e rispondendo non ad un principio costituzionale bensì alla semplice "sedimentazione" di decisioni prese in Conferenze Intergovernative, genera nel contenuto del diritto comunitario una tendenza concreta al frazionamento del trattamento legislativo di questioni che, nei processi politici nazionali, sono considerate unitarie.

Si pensi alle imposte dirette. Le decisioni della Corte di giustizia non possono essere modificate tramite il procedimento legislativo comunitario. Qualsiasi regolamento o direttiva in questa materia, anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, esige una decisione sostenuta unanimemente dal Consiglio dei Ministri. La probabilità di raggiungere questa maggioranza è prossima allo zero, dato che la natura del problema di fondo genera, per i governi nazionali, forti incentivi strutturali a cercare di massimizzare il gettito fiscale a spese dei vicini (il ben noto fenomeno del "beggar thy neighbour", ossia "chiedi la carità al tuo vicino"). Basta che uno dei ventisette stati nazionali si trovi in mano ad un governo che si opponga a misure di armonizzazione fiscale (per ragioni ideologiche o per via della semplice ponderazione degli interessi del paese o di quei settori sociali rappresentati dalla maggioranza di governo) perché ne sia impedita l'adozione.

Sulla base di quanto detto nei paragrafi precedenti sembra ragionevole concludere che la configurazione delle libertà economiche sostenuta dalla Corte di Giustizia negli ultimi tre decenni, ponga indubbiamente seri problemi strutturali ed istituzionali, ma, principalmente, sotto il profilo delle competenze. Questo si verifica nella misura in cui essa crea le condizioni in base alle quali la "europeizzazione" dei processi politici e degli ordinamenti giuridici nazionali si produce lasciando al margine il meccanismo di formazione della volontà politica

sovranazionale. La prospettiva di uno svuotamento delle competenze degli stati membri in virtù di un fiat giudiziale è, forse, ancora più problematica della deriva governativa analizzata nella sezione precedente. Ciò spiegherebbe per quale ragione la Corte Costituzionale tedesca si interroghi sulla necessità di tracciare le sue proprie "linee rosse" di competenza, perché aggiunga un terzo tipo di controllo di costituzionalità delle norme nazionali e perché, in ultima analisi, proponga di articolare, in via legislativa, un procedimento di controllo di costituzionalità specificamente applicabile al diritto comunitario. Indipendentemente dal giudizio ultimo che meritano tali soluzioni, mi sembra difficile negare che esse mantengano una connessione strutturale con l'identità e profondità dei problemi costituzionali che cercano di risolvere.

Questo appare particolarmente evidente se consideriamo che vi è un serio rischio di sovversione dello stesso linguaggio costituzionale, di quello che, in maniera pedante, denominerei "grammatica profonda del diritto costituzionale democratico". Ciò si spiega considerando che, per quanto il classico controllo costituzionale nazionale e quello esercitato ad opera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non siano, sul piano formale, molto diversi, diversa è, invece, l'identità sostanziale del canone di costituzionalità nell'uno e nell'altro caso. Nonostante il riconoscimento della protezione dei diritti fondamentali come principio non scritto e, purtuttavia, fondamentale del diritto comunitario[15], il controllo di costituzionalità europea si incammina essenzialmente verso la verifica della compatibilità delle norme nazionali con le quattro libertà fondamentali. Data l'ampiezza e latitudine della protezione delle li-

[15] Chiaramente, in attesa del modo in cui la Corte di Giustizia interpreterà l'incorporazione della Carta dei Diritti Fondamentali nel diritto primario dell'Unione.

bertà fondamentali difese dalla Corte, il risultato non può che essere il trasferimento dell'onere della prova sui legislatori e sui governi nazionali. Questo, però, risulta di per sé in contraddizione con la concezione dei principi costituzionali sottostante alle costituzioni europee del dopoguerra e, in buona misura, implica riportare il diritto costituzionale al suo stadio formale precedente allo Stato sociale e democratico di diritto, in aperto contrasto con le scelte costituenti del dopoguerra[16]. Ciononostante, a giudicare da diversi passaggi della sentenza, non v'è a mio giudizio alcun fondamento per concludere che questo secondo rischio sia stato visto come imminente o pur solo rilevante dai giudici tedeschi.

II. *Una teoria obsoleta e anacronistica dello stato costituzionale?*

Il secondo gruppo di critiche rispetto alla sentenza Lisbona ne contesta il carattere frammentario, incompleto, ridondante, confuso e teoricamente povero[17]. Sopra ogni cosa, si sostiene che la Corte si sia lasciata trasportare da una concezione antiquata ed obsoleta della sovranità, quella della democrazia in un solo paese[18], cir-

[16] In particolare, se teniamo in considerazione la debolezza del processo politico europeo, incapace – come argomenteremo nella sezione terza – di controbilanciare in qualsivoglia modo le decisioni della Corte di Giustizia.

[17] SCHONBERGER, *Op. cit.*, pp. 1201, 1210, 1214.

[18] CHRISTIAN TOMSCHAT, *The Ruling of the German Constitucional Court on the Treaty of Lisbon*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1259-1261, p. 1260; HALBERSTAM e MÖLLERS, *Op. cit.*, p. 1247, affermano, però, che la Sentenza si è ispirata alla tradizione costituzionale tedesca, che confonde democrazia e parlamentarismo. DANIEL THYM, *In The Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, «Common Market Law Review», n. 46, 2009, pp. 1795-1822, p. 1797, fa riferimento all'uso reiterato del concetto di sovranità na-

costanza che rende ciechi i giudici davanti alla realtà pluralistica della costituzione materiale dell'Unione Europea e delle fonti di legittimazione, siano esse democratiche o meno, del processo di integrazione[19].

Tuttavia, come tenterò di argomentare in questa sezione, queste critiche non tengono in considerazione il fatto che, attraverso una lettura accurata e sistematica della sentenza, si rinvengono le premesse per una teoria costituzionale, in sé coerente e completa, del processo di integrazione europea. In concreto: (A) la sentenza Lisbona contiene cinque elementi centrali, con i quali (B) edificare una teoria completa e coerente del diritto costituzionale europeo, che, in mancanza di un'espressione più appropriata, chiamo "teoria della sintesi costituzionale del diritto comunitario europeo". Questo ci mette nelle condizioni (C) di risolvere i due "misteri" che soggiacciono ai grandi problemi della pratica costituzionale europea.

zionale. Jo Eric Khushal Murkens, *Identity Trumps Integration*, «Der Staat», n. 48, 2009, pp. 517-534.

[19] Halberstam e Möllers, *Op. cit.*, p. 1247, fanno eco ad una critica ampiamente condivisa, concernente il fraintendimento del ruolo legittimatore del Parlamento Europeo. Christian Tomuschat, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, «German Law Journal», n. 10, 2009, pp. 1259-61, critica i giudici di Karlsruhe per la loro scarsa generosità al momento di riconoscere al processo di integrazione i risultati conseguiti ed il contributo dato alla democrazia. Damian Chalmers, *A Few Thoughts on the Lisbon Judgment*, in Fischer Lescano e Joerges Wonka, *Op. cit.*, pp. 5-10, p.7, sottolinea il carattere contraddittorio della premessa fondamentale della Corte Costituzionale tedesca: "Se l'Unione Europea non legittima attraverso la democrazia, da dove scaturisce la necessità di una lunga e complessa riflessione sull'armonizzazione costituzionale?". Thym, *Op. cit.*, p. 1814, sostiene che la Corte palesa una fiducia illimitata nella democrazia nazionale mentre sottovaluta la possibilità di sviluppare una democrazia sovranazionale.

A) I cinque elementi centrali della teoria costituzionale sottostante alla sentenza Lisbona

La sentenza Lisbona ripropone ed espande gli elementi mediante i quali la Corte Costituzionale tedesca ha sviluppato una propria concezione del diritto costituzionale europeo; in particolare, è fondamentale osservare che (a) la Corte sostiene che l'articolo 23 della Costituzione, contenente la cosiddetta "clausola europea", include, oltre ad una abilitazione per il legislatore all'avvio dell'integrazione, un mandato di integrazione; (b) il diritto comunitario è visto come un ordinamento costituzionale, sebbene il processo costituzionale, attraverso il quale passa l'integrazione, differisca dal percorso costituzionale tedesco (e, implicitamente, dal percorso attraverso il quale transita qualunque altra costituzione nazionale); soprattutto, il diritto comunitario si caratterizza per essere "derivato", ovvero il risultato del trasferimento collettivo delle norme costituzionali nazionali all'ordinamento sovranazionale; (c) che, nonostante il carattere derivato del diritto comunitario, il processo di integrazione implica l'apertura della costituzione nazionale, ed, in concreto, la riconsiderazione riflessiva delle norme costituzionali nazionali alla luce del complesso delle costituzioni nazionali; (d) che la conciliazione del primato della costituzione e del mandato di integrazione esige un'estesa accettazione dei principi strutturali e sostanziali del diritto comunitario, di modo che il controllo di costituzionalità nazionale delle norme europee debba essere visto, non solo come un meccanismo di difesa dell'integrità della costituzione nazionale, bensì, oltre a ciò, come un mezzo per custodire l'integrità della costituzione sovranazionale.

a) L'articolo 23 della Legge Fondamentale come mandato di integrazione

Un primo elemento fondamentale nella teorizzazione

del diritto comunitario sottostante alla sentenza Lisbona è l'interpretazione della "clausola europea", inserita nell'articolo 23 della Legge Fondamentale, come mandato di integrazione e non come una clausola che meramente ne abiliti ed agevoli la realizzazione.

> «La prescrizione costituzionale di realizzare un'Europa unita, che discende dall'articolo 23.1 GG e del Preambolo (….) significa, per gli organi costituzionali tedeschi, principalmente che non rientra nella loro discrezionalità politica il partecipare o meno all'integrazione europea. La Legge Fondamentale esige un'integrazione europea ed un ordine internazionale di pace: per questo disciplina non solo il principio di apertura al Diritto internazionale ma, oltre ad esso, il principio di apertura al Diritto europeo»[20].

L'integrazione sovranazionale non è, quindi, una semplice opzione od eventualità, bensì qualcosa di costituzionalmente imperativo. Coll'evidenziare che l'articolo 23 prescrive l'integrazione europea, più che renderla semplicemente possibile, i giudici di Karlsruhe stanno mettendo in rilievo che l'ordine giuridico europeo è un elemento complementare necessario per il conseguimento degli obiettivi della Legge Fondamentale. Detto altrimenti, l'implementazione dei principi costituzionali non è attuabile se ci si limita all'esecuzione della Legge Fondamentale Tedesca; se e solo se esiste un quadro normativo di regolamentazione delle relazioni sociali ed economiche che oltrepassano le frontiere nazionali sarà possibile realizzarne i principi. In sintesi, connotare l'integrazione europea come qualcosa di prescritto dalla Costituzione implica il riconoscimento dell'impossibilità dello stato costituzionale in un solo paese, se mi è consentito parafrasare e decontestualizzare una frase centrale di una vecchia disputa, forse non così irrilevante rispetto al tema dell'integrazione europea.

[20] Punto 225 della Sentenza.

b) Il carattere peculiarmente costituzionale (derivato e trasferito) del diritto costituzionale comunitario.

La Corte Costituzionale Tedesca ammette lo status ed il carattere costituzionale del diritto comunitario, sebbene stabilisca una distinzione netta tra il costituzionalismo democratico nazionale ed il costituzionalismo democratico sovranazionale. Questa differenza consiste essenzialmente nel carattere derivato e, quindi, "trasferito" del diritto costituzionale europeo.

La Corte insiste esplicitamente sul carattere derivato del diritto comunitario e, tuttavia, nel farlo, adombra una continuità sostanziale tra il diritto costituzionale nazionale ed il diritto comunitario:

> «La fonte del potere comunitario e della costituzione europea che questo crea, in senso funzionale, sono i popoli d'Europa democraticamente costituzionalizzati nei loro rispettivi paesi. La "Costituzione Europea", il Diritto dei trattati internazionali o Diritto primario, rimane un ordinamento fondamentale derivato»[21].

Ciononostante, non è affatto banale che il carattere derivato del diritto comunitario europeo sia uno dei caratteri "trasferiti" dello stesso e ciò nella misura in cui si afferma che la fonte ultima del diritto comunitario sono "i popoli d'Europa democraticamente costituzionalizzati". È importante che soggetto di imputazione siano i popoli d'Europa così come vengono istituiti dalle loro rispettive costituzioni, come comunità create in un quadro costituzionale, perché ciò implica che, alla fine, sono le costituzioni nazionali la fonte ultima del diritto comunitario. Questo comporta, inoltre, una continuità

[21] Punto 231 della Sentenza. il passaggio continua – come abbiamo avuto occasione di accertare e che adesso si segnala affinché nessuna difficoltà nel compito di interpretazione sistematica sia occultata – con il confronto fra l'autonomia della Comunità e quella propria delle agenzie amministrative indipendenti.

sostanziale tra il diritto costituzionale dell'Unione Europea ed il diritto costituzionale dei "popoli d'Europa democraticamente costituzionalizzati", ossia, tra il diritto costituzionale europeo ed il diritto costituzionale comune agli Stati Membri, ovvero, nel gergo della Corte di Giustizia, preso in prestito dal tenore letterale dei Trattati, le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri dell'Unione. È paradigmatico il seguente paragrafo:

> «Il principio di attribuzione singolare e ristretta di competenze non è, dunque, esclusivamente un principio di Diritto europeo (…), bensì fa propri (…) i principi costituzionali degli stati membri. Il principio di diritto europeo di attribuzione singolare e ristretta di competenze e il vincolo del diritto europeo al rispetto dell'identità sono, in questo senso, espressione, all'interno dei trattati, del fondamento della potestà dell'Unione rispetto al diritto costituzionale statale»[22].

Il diritto costituzionale profondo dell'Unione Europea non è un diritto autonomo, bensì un diritto derivato dalle norme costituzionali nazionali. Esso è il prodotto dell'integrazione mercé un diritto costituzionale che non scaturisce da un singolo atto costituente, ma dai vari atti costituenti nazionali, coi quali si decide – innanzitutto in termini astratti (col redigere la costituzione nazionale conformemente alla clausola europea contenuta nella stessa) e, quindi, concreti (con la ratifica dei Trattati fondativi) – la trasformazione della costituzione autarchica di ogni stato membro in una costituzione cooperativa e aperta. Il diritto comunitario non sorge né ex nihilo né in contrapposizione ai diritti costituzionali nazionali. È in tutti i sensi figlio legittimo degli stessi, ed è per que-

[22] Punto 234 della Sentenza.

sto che il suo codice normativo risulta da un trasferimento quasi completo dalle leggi fondamentali nazionali, le loro “madri costituzionali”, a quella “figlia costituzionale” che è la Costituzione Europea.

c) La ridefinizione in forma riflessiva degli standard costituzionali nazionali

Gli autori che hanno espresso delle critiche alla Sentenza hanno mostrato la tendenza ad ignorare che la Corte costituzionale tedesca ha approfondito il processo di apertura del canone costituzionale nazionale.

Per quanto attiene alla protezione dei diritti fondamentali, l’apertura del canone nazionale è massima, giacché che i giudici di Karlsruhe svuotano parzialmente la funzione che è loro propria di custodi dei diritti di rango costituzionale nazionali, sulla base del criterio dell’uniformità del sistema di protezione comunitario:

> «La Corte Costituzionale Federale ha limitato la propria originaria competenza di carattere generale, in ordine al controllo dell’esecuzione in Germania del diritto comunitario europeo, secondo lo standard dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione Tedesca (…), e lo ha fatto con la fiducia che questa obbligazione trovi una realizzazione corrispondente da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea»[23].

Per quanto concerne il controllo degli eventuali vizi di illegittimità ultra vires, in cui potrebbe incorrere il legislatore comunitario, la Corte Costituzionale definisce lo standard di controllo tramite il rinvio al principio di attribuzione di competenze (che deriva dal quadro costituzionale nazionale di integrazione, che è, però, al contempo, parte integrante del diritto comunitario) ed il principio di sussidiarietà (che è, all’origine, un prin-

[23] Punto 337 della Sentenza.

cipio comunitario, per quanto possa considerarsi affine al principio federale, o più precisamente, come una delle possibili espressioni o declinazioni dello stesso – ciò che spiegherebbe la facilità con la quale nel 1992 fu incorporato nell'articolo 23 della Legge Fondamentale)[24]. Questo implica la piena assimilazione del principio sovranazionale in materia di ripartizione delle competenze nel canone di costituzionalità nazionale:

> «Quando non è dato conseguire protezione giuridica a livello dell'Unione, la Corte Costituzionale Federale verifica se gli atti giuridici delle istituzioni e degli organi europei si attengono, dal punto di vista del rispetto del principio di sussidiarietà del diritto comunitario e dell'Unione (articolo 5.2 TCE; articolo 5.1 comma 2 ed articolo 5.3 TUE versione Lisbona), ai limiti dei diritti di sovranità che sono loro riconosciuti, in virtù del principio di attribuzione singolare e ristretta delle competenze»[25].

Infine, per quanto riguarda il controllo di identità costituzionale che viene espressamente enunciato in questa sentenza, la Corte afferma che il suo esercizio, ai sensi dell'articolo 79.3 della Legge Fondamentale, deve realizzarsi tenendo presente non solo il mandato di integrazione di cui all'articolo 23 della Legge Fondamentale ma, oltre a questo, il principio di lealtà costituzio-

[24] Sebbene esistesse una evidente affinità sul piano normativo tra il principio federale ed il principio di sussidiarietà, il Trattato di Maastricht condusse all'introduzione del concetto nella teoria costituzionale tedesca. Si veda Theodor Schilling, *A New Dimension of Subsidiarity as a Rule and as a Principle*, «Yearbook of European Law», n. 14, 1994, pp. 203-257. Per una riflessione più recente, si veda Daniel Halberstam, *Federal Powers and the Principle of Subsidiarity*, in Vikmar Amar e Mark Tushnet (a cura di), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 34-47.

[25] Punto 240 della Sentenza.

nale, che è parte del diritto costituzionale sia tedesco che europeo:

> «L'esercizio di tale competenza di controllo, basata sul diritto costituzionale, segue il principio dell'apertura verso il diritto europeo della Legge Fondamentale e non contraddice, perciò, il principio di leale cooperazione (articolo 4.3 TUE versione Lisbona); in caso contrario, le strutture politiche e costituzionali fondamentali degli stati membri sovrani, riconosciute nell'articolo 4.2 comma 1 del TUE versione Lisbona, non potrebbero rimanere protette nel processo di progressiva integrazione. In questo senso, le garanzie – tanto quella del diritto costituzionale quanto quella del diritto dell'Unione – dell'identità costituzionale nazionale camminano fianco a fianco nello spazio giuridico europeo».

A ciò si aggiunge la definizione – nei termini che già abbiamo avuto occasione di commentare – di identità costituzionale tedesca, della garanzia di perpetuità, tramite il rinvio ai principi del diritto internazionale, che sfocia, quindi, nel rifiuto di una loro caratterizzazione in chiave esclusivamente tedesca:

> «Mediante la cosiddetta garanzia di perpetuità, la Legge Fondamentale, da un lato, reagisce alle esperienze storiche di svuotamento velato o brusco dell'essenza liberale di un ordinamento fondamentale democratico. Dall'altro, sottolinea che la Costituzione dei tedeschi possiede, in linea con l'evoluzione internazionale, precisamente dacché esistono le Nazioni Unite, un fondamento universale, che non deve essere modificabile tramite il diritto positivo»[26].

Insomma, nel ridefinire (come vedremo) il canone di

[26] Punto 218 della Sentenza. Thym, *Op. cit.*, p. 1810, evidenzia l'importanza di questa apertura che, a suo avviso, trova una ulteriore conferma nel suo essere reiterata nella quarta direttrice della Sentenza.

costituzionalità nazionale con riferimento all'insieme delle costituzioni nazionali, la Corte Costituzionale Tedesca è prossima a suggerire che il primato della costituzione deve essere riscattato dall'insieme delle costituzioni nazionali, non da ognuna di esse in maniera isolata ed autarchica. Da qui la predisposizione a restringere la propria competenza giudiziale nazionale (ciò che effettivamente esplica l'indebolimento del controllo di costituzionalità nazionale sugli atti comunitari in materia di protezione dei diritti fondamentali):

> «Il mandato di integrazione della Legge Fondamentale ed il diritto europeo vigente contenuto nei Trattati esigono, insieme all'idea di una comunità giuridica nell'ambito dell'Unione, la limitazione dell'esercizio del potere giudiziario degli stati membri. Non devono prodursi effetti che possano mettere a repentaglio l'integrazione, per via del fatto che l'unità dell'ordinamento giuridico della Comunità venga posta in discussione da sentenze dei tribunali degli stati membri tra loro incoerenti»[27].

L'apertura riflessiva degli standards costituzionali nazionali a quelli sopranazionali europei è conseguenza naturale del mandato di integrazione dell'articolo 23 e del trasferimento costituzionale implicito nella costruzione di un ordinamento costituzionale sovranazionale derivato. Questo perché, se i principi europei sono l'espressione del diritto costituzionale comune, l'europeizzazione degli standards costituzionali nazionali implica un'apertura riflessiva al complesso delle costituzioni nazionali ed, al contempo, l'accettazione dell'attribuzione alla Corte Costituzionale Tedesca della condizione di membro dell'insieme dei garanti della costituzione europea – e ciò in quanto, nella misura in cui la Corte faccia uso della sua competenza di custodia dei

[27] Punto 337 della Sentenza.

limiti del diritto comunitario, mediante il richiamo agli standards del diritto comunitario stesso, starà decidendo intorno a conflitti costituzionali di rilevanza europea, d'accordo con la propria interpretazione dei principi costituzionali del diritto comunitario.

d) Primato, effetto diretto e dinamica di esplorazione costituzionalizzatrice

La Corte Costituzionale tedesca accetta espressamente i principi fondamentali strutturali del diritto comunitario, segnatamente, il primato e l'effetto diretto. A questo si aggiunge l'accoglimento della dinamica di esplorazione costituzionale implicita in dottrine come quella dell'effetto utile del diritto comunitario.

Certamente, l'accettazione del primato si produce non in maniera incondizionata, bensì tenendo nella debita considerazione il peculiare percorso costituzionale seguito dall'Unione Europea. Al carattere derivativo del diritto comunitario corrisponde, dunque, un primato condizionale:

> «Il primato del diritto dell'Unione si applica solo in virtù e nel quadro delle attuali attribuzioni costituzionali»[28].

Questo principio viene definito in negativo escludendo che il primato implichi il superamento dello stadio "comunitario" dell'integrazione, ciò che viene sottolineato avvalendosi della terminologia del "primato di applicazione", in contrasto con il primato originale o costituzionale:

> «Con la Dichiarazione numero 17 relativa al primato connesso al Trattato di Lisbona, la Repubblica Federale Tedesca non riconosce un primato di applicazione del diritto dell'Unione incondizionato e dall'incerto carattere

[28] Punto 240 della Sentenza.

costituzionale, bensì conferma solamente la situazione legale vigente, così come è stata interpretata dalla Corte Costituzionale Federale[29].
Non è nemmeno adeguata la presunzione secondo cui, a causa dell'esteso ampliamento delle competenze, risulterebbe di fatto preclusa, per la Corte Costituzionale Federale, la verifica del rispetto del principio di attribuzione di competenze da parte dell'Unione Europea e l'accertamento delle conseguenze giuridiche che ne derivano in Germania, e non sarebbe più possibile preservare la sostanza dell'identità costituzionale e della tutela tedesca dei diritti fondamentali»[30].

Detto ciò, è opportuno tener presente che la progressiva chiarificazione dei limiti del primato del diritto comunitario conduce solo prima facie a ridurre l'ambito nel quale lo stesso opera. Dato che il punto di partenza nel ragionamento costituzionale era il primato incondizionato della Costituzione (almeno questo è quanto si riscontra nella stragrande maggioranza degli ordinamenti costituzionali, incluso quello tedesco e, senza dubbio, quello italiano, di cui reca testimonianza la sentenza Costa resa dalla consulta transalpina)[31], la progressiva concretizzazione e precisazione dei limiti strutturali e

[29] Punto 331 della Sentenza. Così continua: «Non è corretta l'affermazione (...) che con l'approvazione del Trattato di Lisbona, la preminenza "illimitata" del diritto creato dalle istituzioni dell'Unione sul diritto degli stati membri, prevista nel fallito Trattato costituzionale, si convertirebbe, in pratica, in un elemento in più dei Trattati e che con questo, come conseguenza, si starebbe concedendo una primato di validità di natura statale-federale inammissibile, che renderebbe, altresì, possibile la deroga del diritto costituzionale degli stati membri laddove risultasse incompatibile».

[30] Punto 331 della Sentenza.

[31] Corte cost. sentenza 24 febbraio 1964, n. 14, Costa, disponibile all'indirizzo *htpp://www.cortestituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=costa&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1*

sostanziali suppone di fatto la graduale riduzione dell'ambito normativo dentro il quale opera il primato del diritto comunitario[32].

Con un ragionamento logicamente impeccabile (ma sostanzialmente reversibile), i giudici di Karlsruhe sostengono che il primato del diritto comunitario discende dal principio dell'efficacia diretta, sebbene non si soffermino a ponderare le conseguenze che inevitabilmente ne derivano sul piano della ricostruzione degli ordinamenti normativi:

> «Il primato di applicazione presuppone (...) l'efficacia diretta del Diritto Europeo negli stati membri»[33].

Fintanto che la Corte Costituzionale tedesca riconosce espressamente che l'integrazione europea è un processo di esplorazione costituzionale, attraverso il quale si definiscono concretamente le conseguenze costituzionali delle norme comunitarie (che è qualcosa di voluto ed imposto dalla Costituzione nazionale, sempre che si produca all'interno del quadro delle competenze e delle norme sostanziali fissato dalla stessa legge fondamentale nazionale). Da lì nasce l'accettazione, niente affatto scontata, del principio dell'"effetto utile", il principio strutturale sottostante alla giurisprudenza più dinamica della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

> «Chi opta per l'integrazione deve sempre tenere in considerazione la formazione autonoma della volontà delle istituzioni dell'Unione. Pertanto, si deve assumere che esista una tendenza alla protezione dell'acquis comunitario e ad un'interpretazione favorevole all'effettività delle competenze, nel senso della dottrina statunitense dei poteri

[32] Così l'argomento è formulato nel mio *Sobre los Conflictos Constitucionales Europeos*, «Anuario de Filosofia del Derecho», n. 24, 2007, pp. 139-94. In maniera simile, Thym, *Op. cit.*, nota 163.

[33] Punto 342 della Sentenza.

impliciti od, anche, della regola dell'effetto utile del diritto dei trattati internazionali (...). Questo forma parte del mandato di integrazione voluto dalla Legge Fondamentale»[34].

B) Ricostruzione in chiave sintetica del diritto costituzionale comunitario

Le cinque basi descritte nella sezione precedente rappresentano il fondamento sul quale può costruirsi una teoria costituzionale coerente e completa dell'Unione Europea, che, in mancanza di un termine più adeguato, chiamerò "teoria della sintesi costituzionale"[35].

Questa teoria parte dall'osservazione che l'integrazione europea è un processo mediato dal diritto costituzionale democratico, nel triplice senso che a) realizza il mandato costituzionale nazionale alla creazione di strutture istituzionali, processi decisionali e norme comuni sovranazionali (coerentemente tanto con la caratterizzazione dell'articolo 23 della Legge Fondamentale quanto con l'identificazione del diritto comunitario quale diritto derivato); b) procede nel quadro del diritto costituzionale europeo, che risulta dalla proiezione o dislocamento del complesso delle costituzioni nazionali al livello sovranazionale (frutto dall'apertura delle costituzioni nazionali e fondante il primato del diritto comunitario nel momento in cui riflette la norma comune contro le idiosincrasie nazionali); c) sfocia in un processo di costituzionalizzazione esplorativa, nel corso del quale l'ideale regolativo di un diritto costituzionale comune si concretizza ad opera del legislatore e degli organi giudiziari con funzioni costituzionali.

Affermare che la firma e la ratifica dei trattati isti-

[34] Punto 237 della Sentenza.

[35] Rinvio al mio *The European Democratic Challenge*, «European Law Journal», n. 15, 2009, pp. 277-308, ed a John Erik Fossum e Augustin Josè Menéndez, *The Constitution's Gift*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2010.

tutivi dell'Unione Europea avrebbero avviato un procedimento costituzionale sintetico implica, innanzitutto, difendere la tesi secondo cui il processo costituzionale dell'Unione Europea sarebbe speciale rispetto a quelli propri degli stati membri, fondamentalmente corrispondenti ai modelli del costituzionalismo rivoluzionario ed evolutivo, e, quindi, sostenere che tale peculiarità consisterebbe essenzialmente: (a) nel carattere derivato del diritto costituzionale risultante, che non è un ostacolo bensì il fondamento della sua primazia, e (b) nella peculiare combinazione delle dinamiche costituzionali proprie dell'integrazione europea, in particolare, nel succedersi di un momento costituzionale sintetico, attraverso processi di costituzionalizzazione trasformatrice ed esploratrice, in seguito ai quali insorge la necessità di una chiarificazione costituzionale (questo ci pone nelle condizioni di spiegare la genesi e l'evoluzione della costituzione europea).

Il percorso sintetico permette la creazione di un'unione costituzionale di stati costituzionali senza che vi sia la necessità di intraprendere un processo costituente, nella misura in cui il trasferimento delle costituzioni nazionali concede una licenza democratica (provvisoria), che sarebbe stato difficile conseguire mediante un processo costitutivo sovranazionale, come ebbero occasione di comprovare i sostenitori dei Trattati della comunità militare e politica nel 1954 e, fatte salve le differenze e senza sopravvalutarne il carattere genuinamente costitutivo, i difensori del Trattato Costituzionale del 2005.

L'ancoraggio del diritto sovranazionale all'ideale regolatore di un diritto costituzionale comune costituisce la forma ed il modo in cui si è conciliata la duplice esigenza del rispetto del primato della Costituzione (e, pertanto, della rigidità della Costituzione, della sua resistenza passiva di fronte a tutte le volontà, eccetto quella del costituente, in quanto investita della più alta legittimazione democratica) e la realizzazione del mandato

costituzionale di integrazione sovranazionale in mancanza di un atto costituente. Secondo la Corte Costituzionale Tedesca, va osservato che il mandato di integrazione non esige un atto costituente, bensì l'apertura della costituzione in sincronia con quella degli altri paesi circostanti:

> «Gli stati costituzionali democratici possono incrementare la loro influenza armonizzatrice su una società sempre più variabile ed interconnessa al di là di qualsiasi frontiera, esclusivamente attraverso un coordinamento razionale che salvaguardi tanto i propri interessi quanto l'interesse comune. Solo chi si vincola a partire dalla constatazione della necessità di un equilibrio pacifico di interessi e dalla possibilità di un'organizzazione comune, raggiunge il livello di possibilità di azione che si richiede per poter creare in maniera responsabile le condizioni per una società che sia, anche nel futuro, libera. Questo è quanto la Legge Fondamentale tiene in considerazione con la sua apertura all'integrazione europea ed agli obblighi verso il diritto internazionale»[36].

III. *Una giuridificazione sotto il pretesto di una difesa della Costituzione?*

Il terzo insieme di critiche alla sentenza Lisbona raggruppa quei rilievi che si incentrano sulle conseguenze istituzionali della sentenza. Col pronunciare Lisbona, la Corte Costituzionale Tedesca si sarebbe arrogata poteri che, tanto per ragioni normative quanto prudenziali (in ultima analisi, di efficacia dell'azione politica), devono restare nelle mani delle istituzioni e dei procedimenti propriamente politici, non soltanto perché in questo modo, in ogni caso, si evita una giudizializzazione dannosa, ma in quanto la Corte Costituzionale, come qual-

[36] Punto 221 della Sentenza.

siasi altro tribunale, è intrinsecamente carente della capacità di definire questa relazione a fronte delle più mutevoli circostante.

In particolare, la fissazione di un elenco di competenze irrinunciabili (volgarmente denominate "linee rosse") degli stati membri, è un compito che un tribunale possa riescire ad eseguire in maniera anche solo minimamente soddisfacente? Visto il carattere ugualmente impreciso e potenzialmente amplissimo delle cinque competenze irrinunciabili, il tribunale ci sta forse invitando alla giudizializzazione di qualsiasi decisione in materia economica, anche di quelle insignificanti, pur non trascurando la necessità dell'approvazione del Parlamento?

Sebbene questa critica sia essenzialmente corretta e si appunti su un problema centrale della sentenza, non è men certo che essa ignora aspetti centrali del contesto in cui Lisbona è stata resa. Un'analisi esaustiva impone di tenere in considerazione che (1) la peculiare evoluzione costituzionale europea colloca i giudici nazionali in una posizione inevitabilmente schizofrenica di scissione tra il mandato formale ed esplicito di difesa della legge fondamentale nazionale e l'implicito, indispensabile e condiviso ruolo di custode del diritto costituzionale europeo. Questa schizofrenia rappresenta, in un certo modo, una prima attenuante. A questa se ne affianca una seconda, in concreto (2) la combinazione della divisione di competenze e di distribuzione sostanziale del procedimento legislativo nell'Unione Europea, che ha convertito le corti costituzionali nazionali nell'unico contrappeso effettivo alla Corte di Giustizia. Specialmente se a questo si aggiunge che il procedimento democratico, sotto l'influenza della classe di governo europea, ha rinunciato a disegnare il quadro costituzionale delle relazioni tra diritto comunitario e diritto nazionale (non è forse questa la conseguenza immediata del negare esplicitamente ogni vocazione costituzionale al Trattato di Lisbona, mentre si estromette dal dibat-

tito una buona parte delle questioni determinanti circa la struttura costituzionale europea?), appare chiaro che tutte le Corti Costituzionali Nazionali sono prigioniere di un grave dilemma costituzionale, oscillando tra il self-restraint, che reclama la divisione di poteri in una democrazia, e l'attivismo, che sembra definire la difesa della costituzione nazionale ed europea ed, in generale, il diritto costituzionale come mezzo di integrazione sociale.

In queste circostanze, le Corti Costituzionali nazionali costituiscono l'unico contrappeso netto e puntuale alla Corte di Giustizia. Le sue decisioni costituiscono l'unico strumento giuridico che, in maniera evidente ed immediata, può mettere in discussione la correttezza dell'interpretazione della Corte e, ciò che è più importante, mobilitare le restanti istituzioni nazionali avvalendosi delle sue prerogative rispetto alle stesse. In altri termini, la chiusura del dibattito politico europeo derivante dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si neutralizza solo quando all'autorità dei giudici di Lussemburgo si oppone quella dei giudici nazionali (in particolare, di quelli di Karlsruhe, come ho sostenuto nella sezione introduttiva).

Contrappunto: Il formalismo sterile e il futile unilateralismo della sentenza Lisbona

Tuttavia, accanto alle luci della sentenza, passate in rassegna nelle sezioni precedenti, va segnalata la presenza di alcune ombre, in particolare, il formalismo sterile delle cinque competenze irrinunciabili degli stati membri e il futile unilateralismo dell'interpretazione che i giudici di Karlsruhe danno della clausola di desistenza di cui all'articolo 50 del Trattato dell'Unione Europea.

Sebbene l'obbiettivo di frenare l'estensione delle competenze, frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia costituzionalmente lodevole (come ho argomentato nella prima sezione), la spe-

cifica tecnica, consistente nel delimitare un insieme di aree di competenza irrinunciabili, è altamente problematica e non offre un vero rimedio alle difficoltà che cerca di risolvere. L'argomento può sembrare plausibile solo da un prospettiva ingannevolmente formale, considerato che, in realtà, il processo di integrazione comporta, nella sua fase attuale, una profonda europeizzazione che coinvolge anche gli ambiti di competenza enucleati dai giudici di Karlsruhe.

Vi sono almeno due ragioni per criticare questo complesso di competenze irrinunciabili. La prima è la carenza di un fondamento argomentativo: la Corte si limita a far uso di una risorsa narrativa ben conosciuta nel processo ma sostanzialmente fuori luogo all'interno del ragionamento pratico, quando sostiene che il carattere ineludibilmente nazionale di questo insieme di poteri è evidente ("Da sempre si è considerato…"). Non solo non è ovvio che sia così (nel senso che, quanto è dato riscontrare è, più che una mera pluralità, un imponente coacervo di soluzioni costituzionali e di opinioni al riguardo) ma non è neppure ovvio che un'eventuale tradizione di fine secolo dovesse determinare per se stessa la forma e la maniera di operazionalizzare un principio strutturale della costituzione europea, come quello del riparto delle competenze. La seconda e determinante è che quell'insieme di competenze è clamorosamente inutile in termini pratici e questo perché, nella pratica costituzionale europea, tali ambiti sono già profondamente europeizzati. Per ragioni di spazio, non mi è possibile mostrare esaurientemente che sia proprio questo il caso, pertanto mi limiterò a segnalare che, pure in quel settore nel quale sembrerebbero esservi meno dubbi (il tributario), la Corte si muove su un terreno molto scivoloso.

È opportuno ricordare l'alto grado di "europeizzazione" legislativa delle norme tributarie nazionali. Il potere legislativo in materia tributaria è stato piena-

mente trasferito per quanto riguarda i dazi (che "pesano" molto meno dell'1% del PIL dell'intera Unione) ed è stato esaustivamente europeizzato per quanto riguarda l'IVA (che pesa intorno all'8% del PIL dell'Unione, quasi una quinta parte del totale della pressione fiscale nei ventisette stati membri). Il diritto comunitario condiziona anche il potere di definizione per via legislativa della tasse rispetto alle imposte speciali (che, in molti stati, costituiscono una risorsa tributaria importante, oscillando da poco più di un decimo ad una quinta parte del totale del carico fiscale), ed, ancora, ha un'incidenza che è lungi dall'essere irrilevante nella configurazione delle imposte personali (rispetto alle quali è difficile quantificare l'influenza dell'Unione Europea); mentre l'Unione Europea ha acquisito una, sia pur modesta, potestà di riscossione (per quanto esercitata attraverso agenti amministrativi nazionali) relativamente ai dazi e, in forma limitata, all'IVA. Tuttavia, è forse più opportuno ricordare che l'interpretazione estensiva delle libertà economiche, supportata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, seguita dai tribunali nazionali ed essenzialmente rispettata dagli stati membri, determina palesi limiti strutturali alla discrezionalità nazionale in materia tributaria. Ciò spiega, in larga parte, perché l'assenza di armonizzazione "politica" nel settore delle imposte dirette è stata accompagnata da un'armonizzazione "di fatto" (e – non potrebbe essere diversamente – verso il basso), risultato dell'acquisizione di potere da parte delle imprese ed, in generale, dei titolari di capitale a detrimento delle aziende pubbliche, prodotta dalla giurisprudenza comunitaria. A fronte di ciò, designare la potestà impositiva come parte delle competenze irrinunciabili dello stato tedesco implica o ricade in un irredentismo malinconico oppure deriva semplicemente da un formalismo destinato a restare costituzionalmente sterile.

Conclusioni

La sentenza Lisbona non è, dunque, perfetta ed è ben lontana dal poter essere sottoscritta senza riserve. Tuttavia, la maggior parte delle critiche che le vengono rivolte sono fuorvianti. Se l'immagine che ci restituisce la superficie di mercurio non ci piace, ovviamente non mi sembra appropriato rimproverare lo specchio; piuttosto, occorre prendersela con ciò vi si riflette. La recisa negazione del valore costituzionale del Trattato di Lisbona e le conseguenze che da ciò trae la Corte Costituzionale Tedesca implicano, in notevole misura, il prendere atto delle decisioni adottate dai leaders politici europei e nazionali nelle ultime due decadi, con la speranza che queste non passino alla storia come il ventennio sprecato dell'Unione Europea. Anche se sembra questa la strada che abbiamo intrapreso.

Indice

Introduzione 00

I. Limiti ed ostacoli all'integrazione contro difesa del diritto costituzionale come mezzo di integrazione sociale 00

II. Una teoria obsoleta e anacronistica dello stato costituzionale? 00

III. Una giuridificazione sotto il pretesto di una difesa della Costituzione? 00

Contrappunto - Il formalismo sterile e il futile unilateralismo futile della sentenza Lisbona 00

Conclusioni 00